# Die Beschränkungen der Zulässigkeit der Aufrechnung

nach dem bürgerl. Gesetzbuch

---

## Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

**Wilhelm Mensch**

Referendar.

Rostock.

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1904.

Meinem lieben Vater

in Dankbarkeit gewidmet.

# Literatur.


Barkow, RGBl. 14.

Baum, RGBl. 1902, S. 45.

v. Buchka, BGB. und gemeines Recht (1899).

Bunsen, Einführung in das BGB., Bd. I (1898).

Cosack, Lehrbuch des BGB., Bd. I (1897) und Bd. II (1900).

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (1900).

Crome, System des bürgerlichen Rechts, Bd. II (1902).

Dernburg, Pandekten (1903).

Dernburg, Lehrbuch des BGB., Bd. II (1899).

Eccius, Gruchots Beitr., Bd. 42.

Eck, Vorträge über BGB., Liefrg. 2 (1902).

Ehrlich, Zwingendes und nichtzwingendes Recht im BGB., Z. f. dtsch. Recht (1899).

Endemann, Lehrbuch des BGB., Bd. I (1903), Bd. III (1899).

Enneccerus-Lehmann, BGB. Bd. I (1901).

Feder, Die rechtl. Natur der Aufr., in der Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht, von Goldschmidt, Bd 54 (Neue Folge Bd. 39), 3. und 4. Heft (1904).

Fischer und Henle, Handausgabe des BGB. (1899).

Francke, Noch einmal die Aufr. gegen Lohnforderung des Gesindes (zu § 394 BGB.), in Bl. für Rechtspflege in Thür. und Anhalt, Bd. 50 (Neue Folge Bd. 30), S. 244 (1903) und ebenda Bd. 48, S. 1 und fg.

v. Franckenberg, Ist Abzug der Ordnungsstrafe vom Lohn zulässig? in Dtsch. Jurist. Ztg. V (1900).

Fröhlich, Lohnanspruch und Zurückbehaltungsrecht, Jur. Wochenschrift (1903), S. 118.

Fuld, Aufr. gegen Lohnforderungen, in Bl. für Rechtsanw., Bd. 66, Heft Nr. 5 und 6 (1901).

Fürst, Eine Beschränkung des Rechts der Kompensation durch den Entwurf des BGB., in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Dtsch. Rechts, 40. Jhrg., S. 322 fg.

Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation (1897).

Geib (S.), Besprechung von Sinzheimer (Lohn und Aufrechnung), im Separat-Abdruck der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3. Folge Bd. X, H. 1 (1904).

Goldmann und Lilienthal, bürgerliches Gesetzbuch.

Goldschmidt, Arch. für bürg. Recht, Bd. 15, S. 169.

Habicht, Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse (1900).

Haidlen, BGB., Recht der Schuldverhältnisse.

Hartmann, Grundzüge der Kompensation, Inaug.-Diss. (Erlangen 1900).

Heilfron, Lehrbuch des BGB., Recht der Schuldverhältnisse (1899).

Hellmann, Krit. Virteljahrsschrift, Bd. 44.

v. Herzberg, Aufr. des bürgerl. Gesetzbuchs, ein merum jus compensationis, Inaug.-Diss. (Erlangen 1898).

Horrwitz, Kann die Bestimmung des § 63, Abs. 1

HGB. durch Vertrag ausgeschlossen werden? in Dtsch. Jur.-Ztg. Nr. 12, IX. Jhrg. (1904).

Kohler, Aufr. nach BGB., in Busch, Z. f. Zivilprozeß, Bd. 24, S. 1 und fg.

Landmann-Rohmer, Gew.-Ordnung.

Langfeld, Meckl. Ausführungsverordnungen zum BGB. (1899).

Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem Dtsch. BGB. (1903).

Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung.

Lippmann, Zur Lehre von der Kompensation nach dem E. I bei Jehring, Jahrb. für Dogmatik des heutigen röm. und Dtsch. Privatrechts, Bd. 32, S. 157 und fg. und Bd. 43, S. 169 und fg.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Dtsch. Reiches.

Löwenbach, Recht 1901, S. 586 und fg., Lohnaufrechnung und Lohnzurückbehaltungsrecht.

Luppe, Gew.-Ger. 8, S. 113 und fg.

Mansfeld, Dtsch. Jurist.-Zeitung III.

Marwitz, Bühnenengagementsvertrag.

Matthias, Lehrbuch des BGB. (1899).

Metzges, Die Aufr. gegen Lohnforderungen gewerblicher Arbeiter, in Dtsch. Jur.-Ztg., VII. Jhrg., S. 47 (1902).

Meyer, Besprechung der Schrift von Sinzheimer, im Jur. Literaturblatt Nr. 143, Bd. XV, Nr. 3 vom 14. März 1903.

Motive zum E. I, amtliche Ausgabe (1898).

Müller, Über zwingende und nachgiebige Rechtsnormen mit bürg. Recht, in Seufferts Bl. für Rechtsanwendung, 66. Jahrg. (1901).

Neukamp, Verh. des BGB. zur Gewerbe-Ordnung, Verwaltungsarchiv Bd. V.

Neumann, Handausgabe zum BGB., Bd. I (1903).

Neumann (W.), Noch ein Wort zur Aufr. gegen Lohnforderungen des Gesindes, in Bl. für Rechtspfl., Bd. 49 (Neue Folge Bd. 29), S. 164 und fg. (1902) und ebenda Bd. 47, S. 193 und fg.

Neumann (J.), Jahrbuch des Dtsch. Rechts, 1. Jhrg. (1903) und 2. Jhrg. (1904).

Oertmann, Komment. zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse (1899).

Oertmann, Recht 1901.

Pappenheim, Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändb. Forderungen, in Dtsch. Jur.-Ztg. VII, S. 86 fg. (1902).

Pfizer, Anti-Seuffert oder der Geist des Rechts und der Buchstabe des Gesetzes, S. 65 und fg. (1892).

Planck, Komm. zum BGB., Bd. I (1898), Bd. II (1900), Bd. IV (1901), Bd. V (1902).

Prenner, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dtsch. Recht.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des BGB. (1897).

Roß, Juristische Wochenschrift 1902, S. 602.

Schalhorn, Zur Frage der Sicherung des Arbeitslohns, Soz. Pr. II, S. 30.

Scherer, Komm. zum BGB., Bd. II (1899).

Schlichting, Aufr. nach BGB., Inaug.-Diss. (Rostock 1901).

Schmelzle, Verbot der Aufr. bei Lohnford. und Zurückbeh.-Recht, in Bl. für Rechtsanwendung, Bd. 66, H. Nr. 17 und 18 (1901).

Schollmeyer, Komm. zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse (allg. T., 1900).

v. Schulz-Schalhorn, Das Gewerbegericht Berlin, S. 150 und fg.
Siber, Kompensation und Aufrechnung (1899).
Sigel, Gewerbegericht, VI.
Sigel, Gewerbl. Arbeitsvertrag.
Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung (1902).
Sinzheimer, Recht 1903, S. 426.
Stadthagen, Arbeiterrecht.
Stammler, Recht der Schuldverh. (allg. T., 1897).
Stölzel, Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über Eventualaufrechnung, Arch. für ziv. Praxis 95 (1903), S. 1—122.
Thode, In Dtsch. Jur.-Ztg., Bd. VI, S. 304 fg.
Vollmer, Einfluß des BGB. auf den gewerbl. Arbeitsvertrag, Fischers Z. f. Pr. u. Gesetzg. d. Verw. XXIII.
Wallroth, Verbot der Aufr. gegen Lohnford. (Inaug.-Diss., Rostock 1903), und im Archiv für bürg. Recht, Bd. 24, Heft 2 (1904).
Weigelin, Aufrechnung (1904).
Weißmann, Aufr. nach BGB., in Busch, Z. für Zivilprozeß, Bd. 26, S. 1 und fg.
Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, bearb. v. Kipp, Bd. II (1900).

# Disposition.


Seite

§ 1. A. Einleitung . . . . . 13.

B. Die Aufrechnung des bürgerlichen Gesetzbuches im Allgemeinen.

§ 2. I. Vorbemerkung . . . . . 15.

§ 3. II. Voraussetzungen der Aufrechnung . . 16.

1. Objektive Voraussetzungen.

§ 4. a) Forderungen u. zw. vollgültige 17.

§ 5. b) Gleichartigkeit . . . . . 20.

§ 6. c) Fälligkeit . . . . . 23.

2. Subjektive Voraussetzungen.

§ 7. Geschäftsfähigkeit u. Gegenseitigkeit. 25.

C. Die Beschränkungen der Zulässigkeit der Aufrechnung.

I. Allgemeine Beschränkungen.

§ 8. 1. Beschränkung wegen besonderer Beschaffenheit der Schuld (§ 393) . . 26.

2. Beschränkung im öffentl. Interesse (§ 394).

§ 9. a) Allgemeines . . . . . 32.

§ 10. b) Ist § 394 zwingende Vorschrift? 36.

Seite

§ 11. c) Ist in denjenigen Fällen, in denen die Aufrechnung für unlässig erklärt ist, auch das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen? 40.

§ 12. d) Sind die in Landesgesetzlichen Gesindeordnungen getroffenen Abweichungen von § 394 BGB. rechtsgültig? . . . . . 46.

§ 13. e) Verhältnis von § 115, Abs. 2, S. 2 der Gew.-O. zu § 394 BGB. 48.

§ 14. f) Lohnbeschränkungsverträge, insbes. § 119a der Gew.-O. 50.

§ 15. 3) Beschränkung aus administrativen Gründen (§ 395) . . . . . 54.

II. Besondere Beschränkungen.

§ 16. Fälle eines abhängigen Zweckvermögens . . . . . 55.

D. Schluß.

§ 17. Fälle, in denen die dem bürgerl. Gesetzbuch oder anderen Gesetzen zuwider zugelassene Aufrechnung wieder eingeschränkt ist . . . 60.

# A. Einleitung.

Das bürgerl. Gesetzbuch enthält eine Reihe von Fällen, in denen die Aufrechnung ausdrücklich ausgeschlossen ist und zwar ist dies innerhalb der die Aufrechnung behandelnden §§ 387—396 in einigen allgemeinen und sodann noch verstreut im Gesetzbuch in besonderen Fällen geschehen. Alle diese Fälle lassen sich in 4 Gruppen einteilen und zwar:

1. Die Fälle, in denen trotz Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen die Aufrechnung ausgeschlossen ist;

2. Die Fälle, in denen, obwohl eine gesetzliche Voraussetzung fehlt und schon danach die Aufrechnung unzulässig wäre, ein ausdrücklicher Ausschluß stattgefunden hat, lediglich um Zweifel abzuschneiden, wie z. B. bei den mit Einrede behafteten Forderungen;

3. Die Fälle, in denen der Ausschluß schon eine Folge anderweitig ausgesprochener Grundsätze ist; und

4. Die Fälle, in denen die den allgemeinen Grundsätzen zuwider zugelassene Aufrechnung wieder eingeschränkt ist.

Von allen diesen Fällen gehören unter das vorliegende Thema: „Die Beschränkungen der Zulässigkeit

der Aufrechnung nach dem bürgerl. Gesetzbuch“ im eigentlichen Sinn nur die unter Z. 1 bezeichneten; dieselben sind im Teil C, I (§§ 8—15) behandelt.

Zum allgemeinen Verständnis und zum Zwecke der richtigen Abgrenzung der gesamten Fälle bedarf es nun zunächst einer Besprechung der in § 387 des bürgerl. Gesetzbuchs bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung; dieselbe findet daher eingangs in Teil B (§§ 2—7) der Arbeit statt, wo naturgemäß auch die unter Z. 2 bezeichneten Fälle zur Erörterung gelangen.

Die Fälle unter Z. 3 werden in § 16 der Arbeit behandelt, während der Fälle unter Z. 4 als außerhalb des Rahmens der Arbeit liegend nur der Vollständigkeit wegen im Schluß Erwähnung getan wird.

# B. Die Aufrechnung des bürgerl. Gesetzbuchs im Allgemeinen.

## § 2.

## I. Vorbemerkung.

Die Grundsätze, die für das heutige im Deutschen Reiche geltende bürgerliche Recht, das Wesen der Aufrechnung ausmachen, sind in den §§ 387, 388 und 389 des bürgerlichen Gesetzbuchs enthalten. Von den beiden Arten der Aufrechnung, nämlich der Aufrechnung wider den Willen des Gegners — der gesetzlichen[1] — und der mit dem Willen desselben — der vertragsmäßigen[2] — untersteht nur die erstere den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches und findet daher in der vorliegenden Arbeit nur diese Berücksichtigung.

---

1) Ohne Stellung zu nehmen zu der über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehenden Frage, ob die Aufrechnung des bürgerl. Gesetzbuchs mit der römischen „compensatio" identisch ist (so Leonhard, a. a. O. S. 144 fg.) oder nicht (so Siber, a. a. O. S. 82), werden gemäß dem übrigens durchgehends geübten Sprachgebrauch auch hier die Ausdrücke „Aufrechnung" und „Kompensation" als gleichbedeutend verwendet.

2) Daß eine vertragsmäßige Ausschließung zulässig ist, sagt das Gesetz zwar nicht ausdrücklich; es ist dies aber in § 391 Abs. 2 angedeutet, vgl. darüber Dernburg II S. 291, II, 1.

Ohne weiteren Zusammenhang mit dem eigentlichen Thema stehen von den erwähnten 3 Bestimmungen des Gesetzes die §§ 388 und 389, von denen der erstere die Erklärung, der letztere die Wirkung der Aufrechnung regeln, und bleiben dieselben demgemäß auch außer Betracht, während § 387, der die vom Gesetz für die gesetzliche Aufrechnung verlangten Voraussetzungen enthält, als, wie bereits in der Einleitung erwähnt, von Bedeutung für das Thema zunächst einer Behandlung unterzogen wird.

§ 3.

## II. Voraussetzungen der Aufrechnung.

Der § 387 des bürgerl. Gesetzbuchs lautet:

„Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann".

Hiernach ist also die Aufrechnung an verschiedene Voraussetzungen[3] geknüpft, ohne deren Vorliegen zur Zeit der Abgabe der Aufrechnungserklärung[4] dieselbe regelmäßig unwirksam[5] ist.

---

3) Dieselben gelten natürlich nur für die einseitige Aufrechnung, nicht für den Aufrechnungsvertrag.

4) Falsch ist die z. B. von Kohler (a. a. O. S. 36 fg.) verfochtene Ansicht, daß für die Voraussetzungen der Aufrechnung nicht der Augenblick der Erklärung, sondern der Zeitpunkt des Eintritts der Aufrechnungslage maßgebend ist. Es hat vielmehr Feder (a. a. O. S. 462 § 23) Recht, daß die Voraussetzungen in den beiden angegebenen Momenten vorhanden sein müssen. Das Gesetz selbst fordert seinem Wortlaute nach ihr Vorhandensein lediglich für den Zeitpunkt der Erklärung.

5) Planck II S. 169 Nr. 2 Schollmeyer S. 332, 2 Abs. 2 —

Vorweg mag noch bemerkt werden, daß das bürgerl. Gesetzbuch Liquidität und Konnexität[6] der Forderungen für das Aufrechnungsrecht nicht verlangt.

## I. Objektive Voraussetzungen.

### § 4.

### a. Vollgültige Forderungen.

Der § 387 macht zunächst auf beiden Seiten das Bestehen je einer Forderung zur Voraussetzung. Es muß sich demnach also um persönliche Rechte des Gläubigers auf Bewirkung einer Leistung durch den Schuldner handeln. Es ist somit ein Anspruch, der nicht ein schuldrechtlicher ist, vor allem ein dinglicher, nicht aufrechnungsfähig.

Ausgeschlossen von dem Aufrechnungsrecht sind nur diejenigen Forderungen, für die ein bestimmtes Vermögensstück haftet, wie z. B. die Forderung aus einer Hypothek und zwar aus dem Grunde, weil sich der Gläubiger durch Aufrechnung nicht aus dem Vermögensstück, welches dafür haftbar ist, sondern aus der dem anderen Teil gegen ihn zustehenden Forderung befriedigen würde.[7]

---

A. M. Kohler, der sogar für den Fall, wo die Hauptforderung, gegen die aufgerechnet werden soll, nicht existiert, die Kompensation unbedingt wie die Zahlung wirken lassen und dem Aufrechnenden nur eine conditio indebiti geben will. Dag. Dernburg, b. R. § 126, I Abs. 21 und insbes. Siber S. 92, β.

6) Jedoch noch von Bedeutung im Zivilprozeß (§§ 145 Abs. 2 und 302).

7) S. darüber Weigelin, a. a. O. S. 52 § 6 unter 1, der mit Recht Neumann's Ansicht (Handausgabe des bürgerl. Gesetzbuchs Abschnittvorb. vor 1113 N. II, 2), der Grund dafür liege im Fehlen der Gleichartigkeit, für falsch erklärt.

Andererseits ist eine Forderung, entspringe sie einem dinglichen, Familien- oder Erbrechtsverhältnis,[8] regelmäßig stets zur Aufrechnung geeignet.

Das Gesetz geht über die Voraussetzung gegenseitiger Forderungen hinaus,[9] wenn es bei einer Anzahl dinglicher Ansprüche Aufrechnung gegen dieselben zuläßt.[10]

Selbstverständlich ist aber auch schon aus dem Wortlaut des § 387:[11]

„Schulden zwei Personen einander Leistungen" trotz Kohlers gegenteiliger Ansicht[12] zu folgern,[13] daß die beiderseitigen Forderungen gültig sein müssen.[14]

Es darf also keine der beiden Forderungen nichtig, oder, weil sie dann nach § 142 Abs. 1 einer nichtigen

8) Motive II S. 4.

9) Siber S. 89, 7.

10) S. darüber Sieber S. 83, I. Es mag hier nur erwähnt sein, daß dingliche Ansprüche auf Herausgabe einer Sache überhaupt nicht zur Aufrechnung geeignet sind, daß jedoch gegen dingl. Ansprüche auf Leistung aus einer Sache (z. B. Hypothek, Faustpfand, Reallast, Grundschuld, Rentenschuld; gegen die ersten drei aber nur, wenn Eigentum und persönliche Schuld auseinanderfallen), nicht aber mit solchen aufgerechnet werden kann. Gegen letztere kann sogar jeder Dritte, der bei Durchführung des dinglichen Anspruchs ein Recht an der Sache oder deren Besitz zu verlieren, Gefahr läuft, aufrechnen. Über das sog. Ablösungsrecht vgl. Siber S. 86 b (§§ 268, 2, 1249, 1142).

11) S. Eck S. 366, 2, Siber S. 89 I, 1 a.

12) Vgl. oben S. 17 Anm. 5 der Arbeit.

13) Schollmeyer S. 332 d.

14) Dieser Voraussetzung folgend, hat das Reichsgericht wiederholt entschieden, daß eine streitige Klagforderung nicht auf Grund einer eventuell zur Aufrechnung gestellten unstreitigen Gegenforderung abgewiesen werden darf, bevor der Rechtsbestand der ersteren festgestellt ist.

Vgl. dazu Badische Rechtspraxis 1904 Nr. V S. 56 unter XIII, Stölzel a. a. O. S. 306 fg., sowie Neumann (J.), a. a. O. Jahrg. 1 S. 284 u. fg.

gleich stände, erfolgreich angefochten[15] oder erloschen[16] sein;[17] selbstverständlich ist auch eine noch nicht bestehende wie z. B. eine aufschiebend bedingte Forderung zur Aufrechnung ungeeignet.[18]

Eine auflösend bedingte Forderung kann dagegen aufgerechnet werden, da ihre Erfüllung verlangt werden kann.[19]

Die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, muß zur Zeit der Aufrechnungserklärung klagbar (reaktionsfähig),[20] darf mithin keine Naturalobligation[21]

---

15) Durch bloße Anfechtbarkeit wird die Aufrechnung nicht ausgeschlossen; so Schollmeyer § 390, 2 und Weigelin S. 53. — A. M. Oertmann, Recht 1901, S. 448; Langheineken, a. a. O. S. 133 u. fg.

16) Ausnahme im § 377, wo trotz der die Forderung an sich zum Erlöschen bringenden Rücktrittserklärung die Aufrechnung noch zugelassen ist, wenn sie unverzüglich nach dem Rücktritt erklärt wird.

17) Vgl. Weigelin a. a. O. S. 52 u. fg.

18) Nach Kohler (a. a. O. S. 20) findet bei irrtümlicher Annahme des Bestehens der Forderung dennoch eine rechtswirksame Aufrechnung statt, sodaß dem Aufrechnenden nur ein Anspruch auf Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung verbleibt. U. E. richtig: Eccius, a. a. O. S. 253 u. fg.; Planck a. a. O. zu § 388 Anm. 2; Mansfeld, D.-J.-Z. III, S. 256, nach denen es in diesem Fall garnicht zur Aufrechnung kommt. Zahlt also z. B. vom Gläubiger aufgefordert der Hauptschuldner und rechnet danach der Bürge in der Annahme, daß noch nicht gezahlt sei, auf, so braucht der Bürge seinen Anspruch nicht erst zu kondizieren. Aufrechnung gegen eine nicht bestehende Forderung würde dagegen nicht vorliegen, wenn umgekehrt erst der Bürge gezahlt und dann der Hauptschuldner aufgerechnet hätte. Es würde vielmehr, da die vorgenommene Aufrechnung gem. § 389 BGB. das Erlöschen der Forderungen zu der Zeit, als sie sich kompensabel gegenübergetreten sind, zur Folge hätte, der Bürge eine Nichtschuld gezahlt haben und nun seinerseits kondizieren können.

19) Dazu Weigelin, a. a. O. S. 53 u. fg.

20) Kohler S. 9 § 4 Abs. 2.

21) Dieser Ausdruck sei hier trotz der Ausführung Sibers (S. 90 b) gebraucht.

insbesondere keine durch Zwangsvergleich erledigte[22] sein.[23] Auch eine mit einer zerstörlichen Einrede behaftete Forderung[24] ist keine vollgültige; denn sie ist wie eine nicht bestehende Forderung anzusehen.[25] Der Schuldner derselben hat nämlich das Recht, ihre Erfüllung dauernd zu verweigern und so ist das in § 390 S. 1 besonders ausgesprochene Aufrechnungsverbot mit derartigen Forderungen schon eine Folge aus § 387.[26] In § 390 Abs. 2 ist aber die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung zugelassen, wenn diese zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.[27]

## § 5.

### b. Gleichartigkeit.

Sodann wird nach § 387 Gleichartigkeit der beiderseitigen Forderungen zur Zeit der Aufrechnung gefordert. Vorausgesetzt ist dabei, daß der Leistungsgegenstand der schuldnerischen Forderung, mit dem ja infolge der Aufrechnung der Gläubiger befriedigt wird, seiner Art nach dem Forderungsrecht des Letzteren auch gerecht wird.[28] [29]

22) S. Weigelin, a. a. O. S. 53.

23) Ausnahme § 469 HGB., s. darüber Weigelin, a. a. O. S. 63.

24) Über Aufrechnung von Forderungen, die mit verzöglicher Einrede behaftet sind, — s. S. 24 der Arbeit. Über Aufrechnung gegen einredebehaftete Forderungen s. S. 24 der Arbeit.

25) So auch Planck zu § 390 Anm. 1.

26) So auch Oertmann zu § 390 Anm. 1. Über die Ausnahme hiervon bei der mit der Einrede aus § 1973 BGB. behafteten Forderung s. Weigelin, a. a. O. S. 55 und 56.

27) Einschränkungen des Rechtes zur Aufrechnung mit verjährten Forderungen sind in den §§ 470 und 639 BGB. und §§ 414, 423, 439 HGB. enthalten, s. Weigelin a. a. O. S. 55.

28) Vgl. Windscheid § 350, Anm. 8 u. Siber S. 109.

29) So kann z. B. ein Anspruch auf Gewährung eines

Aus den Worten „soweit sie sich decken" ist zu ersehen, daß nur teilbare Leistungen[30] aufgerechnet werden können,[31] somit insbesondere also Geldforderungen.[32]

Nach RG. (Bd. 6 S. 72) wird durch die Ungleichheit des Zweckes die Aufrechnung ausgeschlossen.[33] Ob der Leistungsgegenstand der einen Forderung erst in einen der Gegenforderung gleichartigen Gegenstand verwandelt ist, ist gleichgültig.[34] Es kommt nur darauf an, daß Gleichartigkeit zur Zeit der Aufrechnungserklärung vorliegt.[35] Wahlschulden können aufgerechnet werden nach Herstellung der Gleichartigkeit durch Vornahme der Wahl.[36] Die Verschiedenheit der Leistungs- oder Ablieferungsorte berührt, abgesehen von dem Fall des § 391 Abs. 2, der nur für Aufrechnungsverträge eine Auslegungsregel

---

zugesagten Darlehens nicht gegen eine Kaufgeldforderung aufgerechnet werden. Es handelt sich zwar bei beiden um die Verpflichtung zur Hingabe einer Geldsumme. Inhaltlich decken sich die Verpflichtungen jedoch nicht. Die Verpflichtung des Käufers besteht nämlich in einer wahren Geldschuld, während die Darlehnszusagen zum Abschluß des Darlehens-Hauptvertrages verpflichtet (Urt. des LG. Heidelberg v. 27. 3. 01 in Bad. Rechtsprechg. 1901 S. 164).

30) Also nicht Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen.

31) Weigelin a. a. O. S. 104.

32) Bei anderen gleichartigen Forderungen ist die Aufrechnung also zwar möglich, jedoch weniger praktisch.

33) A. M. Weigelin a. a. O. S. 105.

34) Dies ist wichtig für den Konkurs. Ist die Forderung des Konkursgläubigers nicht auf Geld gerichtet, so wird sie in Geld geschätzt und so aufrechnungsfähig. § 54 KO. (vgl. Weigelin a. a. O. S. 108 unter Nr. 3). Eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gemeinschuldners wird jedoch nicht in eine Geldforderung umgewandelt.

35) Die Beschränkung der Aufr. bezw. deren Ausschluß beim Hinterlegungsvertrag, bei Gebrauchsleihe und beim Mandat hat BGB. nicht aufgenommen (s. Motive S. 105).

36) Vgl. Weigelin a. a. O. S. 107 unter N. 2.

gibt,[37] kraft besonderer Bestimmung (§ 391 Abs. 1 S. 1), die Aufrechnungsmöglichkeit nicht.[38] [39] Verschiedenheit der Zeit bewirkt keine Ungleichartigkeit[40] und berührt an sich das Aufrechnungsrecht nicht; es kann hier freilich das Erfordernis der Fälligkeit fehlen.

Aus dem Erfordernis der Gleichartigkeit folgt, daß regelmäßig nur Gattungs- insbesondere Geldschulden, also nur vertretbare Leistungen, aufrechenbar sind.[41] [42]

Auch Forderungen auf der Art und Gattung nach

---

37) Endemann I § 145 S. 830 unter 4 Anm. 18.

38) Es tritt aber event. Schadenersatzpflicht ein (§ 391 Abs. 1 S. 2). Ob aller Schaden zu ersetzen (so Planck II zu § 391 Nr. 2 oder nur der Transport zu vergüten ist (s. v. Herzberg S. 22 Anm. 2) muß hier dahin gestellt bleiben.

39) Das Gesetz steht offenbar wie die Motive (II S. 105) auf dem Standpunkt, daß Verschiedenheit der Leistungsorte die Forderungen zu ungleichartigen macht. Richtig ist m. E. Hartmanns gegenteilige Ansicht S. 94, der dagegen polemisiert, daß die in § 391 zugelassene Aufrechnungsmöglichkeiten als eine Ausnahme von dem Erfordernis der Gleichartigkeit bezeichnet wird.

40) Weigelin a. a. O. S. 105 Abs. 3.

41) Siber (S. 109) erklärt diese Schlußfolgerung der Motive II S. 104 für verkehrt und will dieselbe aus der Befriedigungsnatur der Aufrechnung ziehen. Man wird sie aus beiden ziehen können. Speziesforderungen sind nur in Ausnahmefällen gleichartig, sodaß sich also tatsächlich infolge des Gleichartigkeitserfordernisses die Aufrechnung auf Forderungen auf vertretbare Gegenstände beschränkt. Auch Eck (S. 367, 3) sagt:

„Die beiden Forderungen müssen auf gleichartige Leistungen gehen, also auf vertretbare Sachen derselben Art".

42) Wie es sich mit der Aufrechnungsbefugnis verhält, wenn auf der einen Seite eine bestimmte einzelne Sache, auf der anderen eine Sache gleicher Art, oder auf der einen Seite eine engere, auf der andern eine weitere Gattung, oder auf der einen Seite eine bestimmte Gattung von besserer Qualität und auf der anderen Seite dieselbe Gattung in geringerer Qualität geschuldet wird, erörtert Weigelin a. a. O. S. 106 fg.

bestimmte Leistungen von Wertpapieren können gegeneinander aufgerechnet werden.[43]

Die beiden Forderungen werden nicht dadurch zu ungleichartigen, daß sie nicht von gleicher Höhe sind; hier tritt Aufrechnung nur ein, soweit sich die Beträge decken.[44]

Forderungen auf ein Handeln werden wegen des darin enthaltenen individuellen Momentes in nur ganz vereinzelten Fällen als gleichartig und somit aufrechenbar anzusehen sein,[45] Forderungen auf Unterlassen[46] sowie Forderungen auf Leistungen ohne Vermögenswert aber niemals.[47]

## § 6.
## c. Fälligkeit.

Als fällig gilt eine Forderung nach dem Gesetzbuch in dem Zeitpunkt, in welchem der Gläubiger berechtigt ist, die Leistung zu verlangen, und der Schuldner das Recht hat, die Leistung zu bewirken, mögen diese Rechte auf Gesetz oder Vertrag beruhen. Das Erfordernis der Fälligkeit besteht nun im Fall der Aufrechnung nur für die Forderung, mit welcher aufgerechnet wird. Dieselbe darf also weder aufschiebend bedingt[48] noch betagt[49]

43) Planck S. 169 c.

44) Insofern kann der Schuldner also entgegen § 266 Teilzahlung vornehmen.

45) Siber S. 110,2.

46) Siber 110,3 vgl. S. 21 Anm. 30 der Arbeit.

47) Siber S. 110, 4.

48) Weil sie als solche noch nicht bestände; wohl aber darf sie auflösend bedingt sein, da eine solche Forderung bereits besteht.

49) Im Konkurse wird die Aufrechnung nicht dadurch ausgeschlossen, daß zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder die eine von ihnen noch betagt oder bedingt ist (K. O. § 54 Abs. 1).

sein,[50] es sei denn, daß die Betagung im ausschließlichen Interesse des Aufrechnenden bestimmt ist. Die Forderung darf auch nicht mit einer verzögerlichen Einrede, wie z. B. mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages oder des Zurückbehaltungsrechts behaftet sein;[51] denn solche Forderungen sind mit Endemann[52] als noch nicht fällige anzusehen.[53] Die besondere Bestimmung des § 390 S. 1, wonach mit derartigen Forderungen nicht aufgerechnet werden darf, ist daher, wie für die mit zerstörlicher Einrede[54] behafteten, auch für diese bereits eine Folge aus § 387.[55]

Für die Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, genügt es, wenn der Schuldner die Leistung bewirken kann. Das kann der Schuldner aber im Zweifel gemäß § 271 Abs. 1 sofort.

Nach dem Satze diei adjectio in dubio pro reo est kann der Schuldner auch eine befristete Forderung sofort erfüllen und somit auch gegen eine solche aufrechnen. Die Befristung kann natürlich im Interesse des Gläubigers bestimmt sein; dann ist der Schuldner freilich zur Aufrechnung nicht berechtigt. Während die Aufrechnung gegen eine aufschiebend bedingte Forderung aus dem oben S. 23 Anm. 48 angeführten Grunde ausgeschlossen ist, ist sie gegen eine mit einer (verzöger-

50) Kohler S. 9.

51) Doch kann solche Forderung gegen die Forderung aufgerechnet werden, um deretwillen die erwähnten Einreden bestehen. s. Weigelin, a. a. O. S. 54 unter 3.

52) I § 145, 3 S. 830.

53) So scheinbar auch Planck (a. a. O. § 390 Z. 1), der sie wirtschaftlich betagten Forderungen gleichstellt.

54) s. S. 20 der Arbeit.

55) So auch Oertmann zu § 390 Anm. 1.

lichen oder zerstörlichen) Einrede behaftete Forderung,[56] sowie gegen eine auflösend bedingte Forderung zulässig.

Hat der Aufrechnende aber in Unkenntnis von der der Gegenforderung entgegenstehenden peremtorischen Einrede[57] oder auch nur im Zweifel darüber die Aufrechnung erklärt, so kann der zur Aufrechnung gebrachte Anspruch kondiziert werden, es sei denn, daß es sich um die Einrede der Verjährung handelt (§ 222 Abs. 2) oder die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach (§ 814).

## 2. Subjektive Voraussetzungen.

### § 7.

### Geschäftsfähigkeit und Gegenseitigkeit.

1. Aus der Aufrechnung als einem (einseitigen) Rechtsgeschäft folgt als selbstverständlich, daß sie in rechtsgültiger Weise nur von einer geschäftsfähigen Person und nur einem Geschäftsfähigen gegenüber vorgenommen werden kann. Freilich wirkt eine dem in der Geschäftsfähigkeit Beschränktem gegenüber abgegebene Aufrechnungserklärung dann, wenn ihm sein gesetzlicher Vertreter im Voraus sein Einverständnis erklärt hat. Davon abgesehen muß jedoch die Erklärung dem Letzteren zugehen (§ 131), wenn sie wirksam sein soll.

2. Im Übrigen setzt § 387 als besonders subjektives Erfordernis voraus, daß der Gläubiger jeder einzelnen

56) per argumentum a contrario aus § 390, vergl. Eccius, a. a. O. S. 254 u. fg.; Lippmann, a. a. O. Bd. 43 S. 497, 501, und 520; Liebknecht, a. a. O. S. 123; Oertmann, R. S. 447 (1901).

57) Bestand nur eine verzögerliche Einrede, so ist in obigen Fällen gemäß § 813 Abs. 2 eine Kondiktion ausgeschlossen.

Forderung zugleich der Schuldner der entgegengesetzten Forderung ist.[57a] Natürlich ist nicht notwendig, daß die Gegenseitigkeit bereits mit der Entstehung der Forderungen vorhanden gewesen ist.

Der Schuldner[58] kann also regelmäßig weder mit Forderungen eines Dritten[59] noch mit Forderungen gegen einen Dritten aufrechnen. Andererseits kann ein Dritter eine fremde Schuld, obwohl er sie nach § 267 durch Zahlung tilgen kann,[60] nicht durch Aufrechnung zur Tilgung bringen.[61] [62]

So kann z. B. der Erfüllungsübernehmer (§ 329) nicht aufrechnen; wenn er auch dem Schuldner zur Befreiung von seiner Verbindlichkeit verpflichtet ist, so bleibt er doch außer jedem Rechtsverhältnis zu dessen Gläubiger, steht für diesen also wie jeder andere Dritte da.[63]

---

57a) Endemann I, S. 827.

58) Eine durch Zession erworbene Forderung gilt natürlich als seine eigene.

59) So nicht der Gesamtschuldner mit den übrigen Schuldnern zustehenden Forderungen (§ 422 Abs. 2). Selbst mit Einwilligung des Forderungsberechtigten kann der Schuldner nicht mit dessen Forderung aufrechnen, vergl. Weigelin, a. a. O. S. 69; Neumann zu § 387 l. c. a. —

A. M. Kohler: Z. für Zivilpr. Bd. 24, S. 44.

60) Ja unter Umständen muß, wie z. B. der Bürge; dieser hat aber nach § 770 Abs. 2 das Recht, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Dasselbe Recht, wie dem Bürgen, steht nach HGB. § 129 Abs. 3 dem Gesellschafter bei der offenen Handelsgesellschaft zu.

61) Diese Folgerung ist schon aus dem Wortlaut zu ziehen. Anders die Motive S. 105, s. Schlichting S. 28.

62) In einigen Fällen ist dies jedoch ausdrücklich zugelassen. (Ablösungsberechtigte §§ 268, 1150, 1224 und 1249; Grundstückseigentümer gegenüber dem Hypothekengläubiger § 1142).

63) Weitere Fälle s. Siber S. 97.

Das Gesetz hält aber nicht starr an dem Prinzip der Gegenseitigkeit fest; in einzelnen Fällen hat es Aufrechnung zugelassen, trotzdem die Voraussetzung der Gegenseitigkeit fehlt,[64] in anderen dieselbe ausgeschlossen resp. beschränkt trotz vorhandener Gegenseitigkeit.[65] [66]

64) z. B. kann bei der Zession gemäß § 406 der Schuldner regelmäßig noch nach der Abtretung mit Forderungen an den bisherigen Gläubiger aufrechnen; ebenso bei Übergang des gegen ihn begründeten Anspruchs kraft Gesetzes (§ 412).

65) s. §§ 8—16 der Arbeit.

66) z. B. können die in §§ 1412—1414 bezeichneten Forderungen an die Frau nicht gegen zum eingebrachten Gut der Frau gehörige Forderungen aufgerechnet werden. Vergl. im übrigen Siber S. 103 u. fg.

# C. Die Beschränkungen der Zulässigkeit der Aufrechnung.

## I. Allgemeine Beschränkungen.

### § 8.

### 1. Beschränkung wegen besonderer Beschaffenheit der Schuld. (§ 393).

Das bürgerl. Gesetzbuch hat die schon auf dem römischen Recht[67] fußende gemeinrechtliche Bestimmung, daß die Aufrechnung gegenüber der Forderung auf Herausgabe dessen, was der Schuldner durch ungerechtfertigte Eigenmacht an sich nahm,[68] ausgeschlossen ist, auf alle Fälle ausgedehnt, in denen ein Anspruch aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung besteht;[69] die Bestimmung ist also nicht auf die strafbaren Handlungen beschränkt.

Indem das Gesetz nicht mehr, wie das römische Recht, nur Diebe und einem Diebe gleichzustellende Übel-

67) l. 14 § 2 c 4, 31: possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur.

68) Dernburg Pand. § 63.

69) Dieselbe Verallgemeinerung beim Zurückbehaltungsrecht (§ 273 Abs. 2).

täter,[70] also nicht mehr lediglich eine bestimmt begrenzte Gruppe derer, die eine unerlaubte Handlung begangen haben, von dem Recht der Aufrechnung ausschließt, hat es einem längst gefühlten Bedürfnis entsprochen. Denn der praktische Wert der römisch-rechtlichen Vorschrift ist nur gering, wie Pfizer[71] mit Recht sagt. Diebe und Räuber werden kaum je Forderungen gegen die Bestohlenen oder Beraubten haben und letztere werden selten einen Prozeß gegen erstere anstrengen, um das Genommene wieder zu erhalten.

Der Grund für die ganze Bestimmung des § 393 liegt darin, daß derartigen Schuldnern der in der Möglichkeit der Aufrechnung liegende Vorteil nicht zukommen soll oder, wie es Siber[72] ausdrückt, das Gesetz ihnen die Bequemlichkeit der Aufrechnung nicht gönnt. Zugleich ist die Vorschrift, wie Kohler[73] mit Recht betont, notwendig, um nicht in diesen Fällen die Selbsthülfe zu sanktionieren.

Was das Gesetz unter unerlaubten Handlungen versteht, die übrigens in einem Tun wie in einem Unterlassen bestehen können, ist aus den §§ 823 und fg. zu entnehmen. Danach fällt nicht, wie z. B. nach code civil, jede widerrechtliche schuldhafte Schadenszufügung darunter. Vielmehr ist der Kreis der zum Ersatz verpflichtenden unerlaubten Handlungen objektiv festgestellt.[74]

Die Vorschrift des § 393 begünstigt nun aber nicht alle Forderungen aus unerlaubten Handlungen, sondern

70) Motive II S. 112 § 287.
71) a. a. O. S. 71 u. 72.
72) S. 111 § 14, Abs. 1.
73) a. a. O. S. 46 § 14.
74) S. Matthiaß I S. 632 u. fg.

nur die aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen. Vorsätzlich begangen sind die unerlaubten Handlungen dann, wenn mit ihnen ein bestimmter Erfolg bezweckt oder der Handelnde sich bewußt gewesen ist, daß die Handlung resp. Unterlassung diesen Erfolg haben werde[75] oder könnte (dolus eventualis).[76] Es scheiden somit alle Fälle der nur fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, sowie diejenigen selbständiger Schadenshaftung[77] aus. Hat also z. B. A gegen B einen Schadensersatzanspruch wegen eines durch ein Tier des B verursachten Schadens, so kann B eine Forderung an A gegen die Schadensersatzforderung des A aufrechnen, trotzdem der Forderung des A objektiv eine unerlaubte Handlung zu Grunde liegt. B hat aber die Aufrechnungsbefugnis nicht, wenn er den Schaden selbst veranlaßt hatte, indem er das Tier hetzte oder anreizte, da die Handlung dann als eine von ihm selbst vorsätzlich begangene angesehen und nach § 823 beurteilt wird.

Daß darüber hinaus nicht auch alle Forderungen aus vorsätzlichen Verletzungen bestehender Schuldverhältnisse unter die Bestimmung des § 393 fallen[78] folgt daraus,[79] daß hier die Forderung nicht aus dem derartigen Verhalten entstammt und der Begriff der unerlaubten Handlung hier kein anderer sein kann als der der §§ 823 und fg. Mit Recht läßt aber Eck[80] die Auf-

75) Planck I S. 37.
76) Oertmann S. 36 § 276, 1 a.
77) z. B. §§ 831—838.
78) Oertmann a. a. O. zu § 393 Nr. 22.
79) Auch Weigelin a. a. O. S. 111 unter 2 a.
80) a. a. O. S. 381.

rechnung in dem Fall nicht zu, wo ein Reisender, trotzdem ihm das Einkassierungsmandat entzogen war, noch einkassiert und nun die eingezogene Summe gegen seine Spesen aufrechnen will; hier wird die an sich nicht unter die unerlaubten Handlungen fallende schuldhafte Vertragswidrigkeit zu einer solchen wegen der vorliegenden Eigenmacht.[81]

Daß die Aufrechnung auch dann ausgeschlossen ist, wenn Forderung wie Gegenforderung aus unerlaubten Handlungen entstanden sind,[82] bedarf nach § 393 keiner weiteren Erörterung.[83]

Per argumentum e contrario, aber auch schon aus dem Grunde der vorliegenden Bestimmung folgt, daß *mit* einer Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung aufgerechnet werden darf.[84] Es soll nur der Schuldner dieser Forderung den Vorteil der Aufrechnung nicht genießen; will der Gläubiger derselben damit aufrechnen, obwohl er das Recht barer Einforderung hätte, so muß es sich der Schuldner selbstverständlich gefallen lassen.

Wer eine der hier in Frage stehenden Forderungen hat, handelt jedenfalls dann gegen sein eigenes Interesse,[85] wenn er sich gegenüber einer vollstreckbaren Forderung

---

81) Vgl. Weißmann (S. 15): „Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, sobald sich der anspruchbegründende Tatbestand unter den Begriff einer vorsätzlichen unerlaubten Handlung bringen läßt, sollte auch ein rechtsgeschäftlicher Gesichtspunkt konkurrieren; ausgeschlossen ist alsdann sogar die Aufrechnung einer Forderung, die aus demselben Rechtsverhältnis entspringt."

82) S. Weigelin a. a. O. S. 111 unter 2a.

83) Vgl. dazu S. 36 Anm. 98 der Arbeit.

84) S. Weigelin a. a. O. S. 116 unter 2.

85) Vgl. Weißmann S. 14 u. 15.

auf § 393 beruft und die Aufrechnung verweigert. Da nämlich dem nichts im Wege steht, daß sich der Gegner die gegen ihn bestehende Forderung aus der unerlaubten Handlung an Zahlungsstatt überweisen läßt, so tritt hier trotz Verweigerung der Aufrechnung doch der Erfolg der letzteren ein und den sich Weigernden treffen die vielleicht nicht unerheblichen Kosten der Zwangsvollstreckung außerdem.

### 2. Beschränkung im öffentlichen Interesse. (§ 394).

### § 9.

#### a) Allgemeines.

Eine weitere Ausdehnung des Ausschlusses der Aufrechnung gegenüber dem gemeinen Recht statuiert der § 394 des bürgerlichen Gesetzbuches.[86] Während nämlich bisher nur gegenüber Alimentenansprüchen nicht aufgerechnet werden durfte, hat das bürgerl. Gesetzbuch das Aufrechnungsverbot auf alle Forderungen ausgedehnt, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen sind.[87] Ausgenommen von dieser Bestimmung sind im Satz 2 desselben Paragraphen ausdrücklich die aus Kranken-, Hülfs- und Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen; gegen diese können nämlich geschuldete Beiträge aufgerechnet werden.

86) Die in anderen Reichsgesetzen enthaltenen Aufrechnungsverbote sind daneben in Geltung geblieben, s. S. 55 der Arbeit Anm. 150.

87) Vgl. dieselbe Bestimmung bei der Übertragung von Forderungen (§ 400 BGB.)

Aus dem im Satz 1 enthaltenenen Ausdruck „soweit" geht hervor, daß, wenn eine Forderung nur zu einem Teile nicht gepfändet werden darf, wie z. B. die die Summe von 1500 Mk. übersteigende Gehaltsforderung eines Beamten,[88] die Aufrechnung gegen den anderen, dem Pfändungsverbot nicht unterliegenden Teil derselben zugelassen ist.

Der Grund für die in § 394 erfolgte erhebliche Erweiterung des Ausschlusses der Aufrechnung ist, der heutigen Richtung der ganzen modernen Gesetzgebung entsprechend, in sozialen Momenten zu suchen. Dem Schuldner als dem meistenteils wirtschaftlich Schwächeren sollen seine Subsistenzmittel nicht völlig entzogen werden können. Hier sind also dieselben Gründe maßgebend gewesen, die auch zu dem § 851 der Civilprozeßordnung geführt haben.

Von der vorliegenden Bestimmung werden nun nicht etwa nur die Forderungen betroffen, die nach dem bürgerl. Gesetzbuch von der Pfändung ausgeschlossen worden sind.[89] Vielmehr fallen außer den noch in anderen Reichsgesetzen[90] der Pfändung entzogenen Forderungen vor Allem die in den §§ 850—852 der Civilprozeßordnung aufgeführten darunter. Daselbst ist zunächst in § 850 eine Reihe von Einzelfällen privilegiert, unter denen sich unter Anderem auch die schon nach dem bisherigen Recht von der Kompensation ausgeschlossenen Alimentenforderungen befinden.[91] Der § 851 schließt

88) Vgl. § 850 Nr. 8 Abs. 1 u. 2 CPO.

89) z. B. § 377.

90) Vgl. Fischer u. Henle § 394 Anm. 1; Dernburg § 128, Anm. 3.

91) Hierzu gehören übrigens nicht die Ansprüche der Mutter

alle Forderungen insoweit von der Pfändung aus, als sie nicht übertragbar sind. § 852 endlich enthält die Beschränkung bei Ansprüchen auf den Pflichtteil und des Schenkers aus § 528 des bürgerl. Gesetzbuches.[92]

Die Vorschrift des § 394 Satz 1 ist jedoch durch den Art. 81 des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch durchbrochen worden, indem daselbst der Landesgesetzgebung anheimgestellt ist, die Aufrechnung gegen die Ansprüche der Beamten, Geistlichen, der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten, sowie deren Hinterbliebenen auf Besoldung, Wartegeld, Ruhegehalt, Witwen- und Waisengeld abweichend von der Vorschrift des § 394 zuzulassen.[93]

Ob auch Art. 95 des Einführungsgesetzes eine Durchbrechung des § 394 darstellt, wird weiter unten zur Erörterung kommen.[94]

Während nun § 394 nur die Aufrechnung *gegen* die erwähnten Forderungen für unzulässig erklärt, ist nichts darüber gesagt, ob die Aufrechnung *mit* denselben ge-

---

aus § 1715 BGB.; ihnen gegenüber ist also die Aufrechnung zulässig. So Entsch. des LG. Dresden v. 17. 5. 01 (D. Recht 1901 S. 309). Diese Ansprüche haben freilich auch nicht die Natur der Unterhaltsansprüche, werden aber z. B. im Konkurse wie solche behandelt, s. Planck IV zu § 1715 Nr. 8.

92) Es ist übrigens, wie Weißmann (a. a. O. S. 12) mit Recht bemerkt, nicht einzusehen, warum nicht der Verpflichtete in den Fällen des § 852 soll aufrechnen dürfen, auch ohne die Forderung vertragsmäßig anerkannt zu haben.

93) Hiervon hat unter Anderem Mecklenburg Gebrauch gemacht, indem es die Aufrechnung mit Forderungen aus dem Amts- oder Dienstverhältnis gegen Ansprüche der Beamten auf Besoldung, Wartegeld und Ruhegehalt unbedingt gestattet hat. S. Langfeld a. a. O. § 38. Vgl. bezüglich anderer Landesgesetzgebungen Matthiaß, (1900) a. a. O. Bd. I S. 437 § 95 Anm. 2.

94) S. § 12 der Arbeit.

ſtattet iſt. Es muß aber aus dem Wortlaut per argumentum a contrario gefolgert werden, daß dieſe Frage zu bejahen iſt. Es hätte, wie Schollmeyer (a. a. O. zu § 394 Nr. 3) hervorhebt, freilich nahe gelegen, auch die Aufrechnung mit dieſen Forderungen auszuſchließen, wie das Geſetz auch die Abtretung einer unpfändbaren Forderung nicht geſtattet. Doch ſagt Schollmeyer mit Recht, daß der Unterſchied darin liegt, daß es durch Geſtattung der Aufrechnung dem Gläubiger der an ſich unpfändbaren Forderung gelinge, eine ihm durch den Gläubiger der Gegenforderung drohende Zwangsvollſtreckung abzuwehren, während er ſich bei der Ceſſion lediglich ſeiner Subſiſtenzmittel beraube.

Eine Aufrechnung mit dem durch § 1 des Lohnbeſchlagnahmegeſetzes[95] für unpfändbar erklärten, künftig geſchuldeten, insbeſondere dem noch nicht verdienten Arbeits- oder Dienſtlohn iſt dagegen unzuläſſig. Denn die Aufrechnung fällt unter die in § 2 Abſ. 2 des genannten Geſetzes erwähnten, für verboten erklärten „anderen Rechtsgeſchäfte."[96]

Die Aufrechnung wird in den, dem § 394 unterliegenden Fällen nicht dadurch zuläſſig, daß die Forderungen demſelben Rechtsverhältnis entſpringen, d. h. alſo konnex ſind.[97]

95) Vom 21. Juni 1869, abgeändert durch das Reichs-Geſetz vom 29. März 1897.

96) Vgl. dazu Schmelzle a. a. O. S. 291; Lotmar a. a. O. S. 402; Sigel, gewerbl. Arbeitsvertrag S. 45; A. A. Schollmeyer a. a. O. S. 348.

97) Vgl. Oertmann zu § 394 A. 3; — Dernburg (bürg R. II S. 127 fg.) will aus der Zuläſſigkeit des Zurückbehaltungsrechts, die hier übrigens nicht vertreten wird (ſ. unten S. 40 u. fg. der Arbeit), die Möglichkeit der Aufhebung des Aufrechnungsverbots folgern. Vgl. jedoch darüber Wallroth (Diſſ. S. 31).

Ebensowenig läßt sich eine Aufrechenbarkeit in den Fällen, wo sich auf beiden Seiten nicht aufrechnungsfähige Forderungen gegenüberstehen, dadurch konstruieren, daß man sagt, die beiderseitige Nichtaufrechenbarkeit hebe sich auf und lasse somit die Aufrechnung zu, wie es das Gewerbegericht Kiel getan hat.[98]

## § 10.

### b. Ist § 394 eine zwingende Vorschrift?

Eine äußerst wichtige und sehr umstrittene Frage ist, ob die im § 394 gegebene Vorschrift eine nachgiebige oder eine zwingende ist, d. h. also von den Parteien durch Vertrag abgeändert werden kann oder nicht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält eine Reihe von Vorschriften, die zwingender Natur sind. Die Feststellung der letzteren ist da natürlich einfach, wo dieselbe unzweideutig aus dem Wortlaut oder aus Zusätzen hervorgeht.[99] Schwierigkeiten macht sie indes da, wo der zwingende Charakter nicht kenntlich ist und es vielmehr der Auslegung überlassen ist, ihn im Einzelfalle festzustellen. So ergiebt auch gerade der hier zur Frage stehende § 394 in seinem Wortlaut keinen sicheren Anhaltspunkt für oder wider die eine oder die andere Auslegung.[100] Man wird sich also den Zweck und die

98) Vgl. dazu Thode, a. a. O. S. 304 fg.; Geib (S.) S. 10 u. fg.

99) Vgl. dazu Müller in Seuffert's Bl. für Rechtsanwendung, Jahrg. 66 S. 2: „Über zwingende und nachgiebige Rechtsnormen nach bürgerl. Gesetzbuche."

100) Wallroth (a. a. O. S. 272) ist gegenüber Schmelzle (a. a. O. S. 291) gewiß darin beizupflichten, daß § 394 als kategorisch negativer Rechtssatz seiner Fassung nach mehr für seinen zwingenden Charakter spricht.

Natur des darin enthaltenen Rechtssatzes näher zu vergegenwärtigen haben, bevor man sich für die eine oder die andere Ansicht entscheidet.

Ungerechtfertigt ist der Schluß von Schollmeyer[101] bei Beantwortung der in Rede stehenden Frage, der Gläubiger einer unpfändbaren Forderung könne, da er nach § 394 mit dieser aufzurechnen das Recht habe, folgerecht auch einwilligen, daß gegen dieselbe aufgerechnet werde. Denn es ist in seinen Wirkungen etwas ganz Verschiedenes, ob man die Berechtigung, die Aufrechnung vornehmen zu können, oder das Recht hat, sich zur Aufrechnung verpflichten zu dürfen. Das erstere Recht setzt einen in den Stand, ganz aus freien Stücken aufzurechnen, vielleicht lediglich aus eigenem Vorteil, indem z. B. bei einer beim Gegner vorzunehmenden Zwangsvollstreckung nichts zu holen wäre, oder um einen Nachteil, z. B. eine von dem Gläubiger-Schuldner drohende Zwangsvollstreckung abzuwehren. Durch den Gebrauch des Rechtes, sich vertraglich zur Aufrechnung zu verpflichten, unterwirft man sich dagegen der Willkür des Gegners und kann in die gerade der Tendenz des Bürgerlichen Gesetzbuches widerstreitende Lage geraten, daß einem der Gegner die Aufrechnung gegen eine sonst unpfändbare Forderung wider Willen aufzwingt. Es ist somit bei der Verschiedenheit der Wirkungen dieser beiden Berechtigungen nicht zulässig, ohne Weiteres von dem Vorhandensein der einen Berechtigung auf das Bestehen auch der anderen zu schließen.

Bei der Beantwortung der hier zur Erörterung stehenden Frage ist vielmehr das dem § 394 zu Grunde

101) a. a. O. zu § 394 unter 3.

liegende soziale Moment von entscheidender Bedeutung. Aus ihm vornehmlich ist, der herrschenden Ansicht entsprechend, auf den zwingenden Charakter der Vorschrift zu schließen,[102] wie denn auch Müller am Schluß seiner Abhandlung über zwingende und nachgiebige Rechtsnormen[103] zutreffend sagt: „eine Rechtsnorm ist zwingend . . . ., wenn sie unmittelbar dem Interesse der Allgemeinheit dient, insbesondere einen sozialen oder sittlichen Grundgedanken der modernen Gesetzgebung zum Ausdruck bringt". Wenn Schmelzle[104] unter Verneinung des zwingenden Charakters dagegen argumentiert, jeder Vorschrift des bürgerlichen Gesetzbuches diene das allgemeine Interesse zur Richtschnur und niemand würde es einfallen, daraus für das bürgerliche Gesetzbuch zwingenden Charakter abzuleiten, so wird das gewiß keiner bestreiten. Ein Gesetz wird sich immer dem Interesse der Allgemeinheit anpassen. Daß aber dem § 394 sowie noch vielen anderen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches ein speziellerer sozialer Zweck zu Grunde liegt, ist ebenso gewiß.

Der Gesetzgeber hat nämlich in § 394 das Interesse und den Schutz der wirtschaftlich Schwächeren im Auge gehabt. Praktisch wirksam konnte dies aber nur durch Schaffung einer zwingenden Vorschrift, also durch Aus-

102) So außer Anderen v. Frankenberg in Deutsch. Jur.-Ztg. V S. 91 u. 92 (1900); Fuld a. a. O. S. 78; Cosack a. a. O. § 111 Nr. 7; Rehbein, a. a. O. Bd. II; Wallroth a. a. O. S. 270 u. fg.; Weigelin a. a. O. S. 126; Neumann (W.) a. a. O. S. 126; Francke a. a. O. S. 247. — Den zwingenden Charakter verneint vor Allem Schmelzle a. a. O. S. 291 u. fg.; ebenfalls Neumann in seinem Komm. zum BGB. zu § 394 Anm. 5.

103) Bl. für Rechtsanwendg. Jahrg. 66 S. 28.

104) a. a. O. S. 292.

schließung jeder vertraglichen Abänderung des Aufrechnungsverbotes geschehen. Denn wenn der Ausschluß des § 394 S. 1 durch Vertrag zulässig wäre, so würde dies in den wichtigsten Fällen, wo das Gesetz gerade den Schutz bezweckte, nämlich beim Arbeitsvertrage geschehen. Kein Arbeiter würde mehr ohne diese Abänderung der gesetzlichen Bestimmung angestellt und letztere somit fast illusorisch gemacht werden. Daraus, daß bei Annahme des zwingenden Charakters der Vorschrift des § 394 nicht immer die ratio legis, den wirtschaftlich Schwächeren zu schützen, zutrifft, auf die gegenteilige Absicht des Gesetzgebers schließen zu wollen, ist völlig verfehlt. Dann und wann wird allerdings ein wirtschaftlich Starker des in § 394 gewährten Schutzes teilhaftig und findet so eine vielleicht nicht ganz berechtigte Stütze. Dieser verhältnismäßig seltenere Fall kann jedoch den Gesetzgeber nicht veranlassen, dem Schwachen den bezweckten Schutz wieder zu entziehen. Den Ausschluß des in Frage stehenden Verbotes durch Vertrag zuzulassen, würde aber nichts anderes bedeuten, als die völlige Aufhebung des zur Frage stehenden Paragraphen, als eine Umgehung der sozial so wichtigen, wenn auch manchmal zu Härten führenden Vorschrift.

Zu Gunsten der gegenteiligen Ansicht kann auch nicht angeführt werden, daß, wenn der Gesetzgeber die vertragsmäßige Änderung des § 394 habe ausschließen wollen, er dies besonders ausgesprochen haben würde. Die sozialpolitische Tendenz der Vorschrift macht, den oben angeführten Ausführungen von Müller entsprechend, einen solchen Zusatz eben überflüssig, wenn auch zugegeben werden muß, daß der Gesetzgeber besser

getan hätte, den zwingenden Charakter der Vorschrift zur Vermeidung von Kontroversen zum Ausdruck zu bringen. Es handelt sich demnach bei Charakterisierung dieser Vorschrift, als einer zwingenden nicht etwa um eine Ergänzung, sondern lediglich um die richtige Anwendung derselben.[105]

Auch die von Schmelzle[106] zur Widerlegung der hier vertretenen Ansicht angeführten Worte der Motive:[107] „Mit der vertragsmäßigen Kompensation (Compensatio voluntaria) hat sich das Gesetzbuch nicht zu befassen," können mit Wallroth[108] nur auf den „eigentlichen Kompensationsvertrag" und nicht auch auf die vertragsmäßige Ausschließung des in § 394 enthaltenen Verbotes bezogen werden.

## § 11.

### c) Ist in denjenigen Fällen, in denen die Aufrechnung für unzulässig erklärt ist, auch das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen?

Nicht übergangen, jedoch nur kurz berührt werden

105) Anders wie in § 394 BGB. liegt die Sache z. B. in § 63 Abs. 1 HGB. Hier wäre es verkehrt, aus der sozialpolitischen Tendenz auf den zwingenden Charakter dieser letzteren Vorschrift schließen zu wollen. Die daselbst in Abs. 2 besonders hinzugefügte Klausel, daß eine entgegenstehende Vereinbarung nichtig sei, läßt beim Fehlen derselben in Abs. 1 die Absicht des Gesetzgebers deutlich erkennen, daß ein vertragsmäßiger Ausschluß des Abs. 1 zugelassen sein soll. Man braucht also, um zu dieser Ansicht zu gelangen, garnicht erst auf die Frage nach den Grenzen der sozialpolitischen Tendenz unserer neueren Gesetze zurückzugreifen, wie es Horrwitz in der deutschen Juristenzeitung (1904 N. 12 S. 593 IX. Jahrgang) tut. Freilich hat die Praxis verschiedentlich anders entschieden. (S. Bl. für Rechtspflege 1904 S. 36 und S. 50).

106) a. a. O. S. 293.

107) Bd. 2 S. 104.

108) a. a. O. S. 372.

kann an dieser Stelle die freilich nicht direkt unter das hier zur Erörterung stehende Thema gehörige, aber mit ihm eng zusammenhängende Frage, ob in den Fällen, wo die Aufrechnung verboten ist, auch die Anwendung des Zurückbehaltungsrechtes aus § 273 des bürgerlichen Gesetzbuchs ausgeschlossen ist. In Betracht kann diese Frage natürlich nur für die Fälle kommen, in denen die Voraussetzungen für das Zurückbehaltungsrecht vorliegen, wozu vor Allem „Konnexität" gehört, oder, wie es das Gesetz ausdrückt, daß die Forderungen auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen, was für die Aufrechnung nicht erfordert wird.

Der § 273 lautet nämlich: „Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht)." Durch die Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts auf die Fälle, in denen es sich um konnexe Ansprüche handelt, ist zwar einerseits der Anwendungskreis gegenüber dem der Aufrechnung ein engerer; andrerseits aber wieder insofern ein erweiterter, als für das Zurückbehaltungsrecht, da nicht Befriedigung, sondern nur Sicherheit bezweckt wird, Gleichartigkeit der Forderung nicht verlangt wird, also z. B. eine Sache wegen einer nicht bezahlten Geldforderung zurückbehalten werden kann, während hier die Aufrechnung ausgeschlossen wäre.

Ganz besonders praktisch wichtig und wohl am meisten besprochen ist die Frage der Zulässigkeit des Zu-

rückbehaltungsrechts in den beregten Fällen beim Anspruch auf Arbeits- oder Dienstlohn, gegen den aufzurechnen infolge des im bereits oben erwähnten Lohnbeschlagnahmegesetz enthaltenen Pfändungsverbotes in Beihalt des § 394 des bürgerl. Gesetzbuchs in der daselbst angedeuteten Richtung unzulässig ist. Gedacht ist insbesondere an die Fälle, wo der Arbeiter bei Ausführung einer vertragsmäßigen Arbeitsleistung seinen Arbeitgeber bestiehlt oder ihm einen sonstigen Nachteil z. B. durch Beschädigung seiner Maschinen zufügt. Die Bedeutung der Beantwortung dieser Frage liegt darin, daß der Arbeitsherr, sollte er ebenfalls des Zurückbehaltungsrechts ermangeln, vorerst den Lohn voll auszahlen und seinerseits zur Befriedigung seiner sicher wohl berechtigten Forderung den Rechtsweg beschreiten müßte mit dem Endresultat, daß er oft leer ausginge, da sich ein pfändbarer Gegenstand im Besitz des Arbeiters kaum vorfinden wird.

Sowohl in der Theorie wie in der Praxis ist die Frage der Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts in den in Rede stehenden Fällen bejaht[109] wie auch verneint[110]

109) Unter Anderen: Rehbein, a. a. O. II, 3. Abschn. 3. Tit. Nr. 33 Abs. 5 und 6; Crome, a. a. O. II, § 192, Anm. 40 S. 297; Dernburg II, Meyer, a. a. O. S. 61; Langheineken, a. a. O. S. 329; Marwitz, a. a. O. S. 156; Roß, J. W. 1902 S. 602. — Aus der Rechtsprechung: OLG. Rostock vom 21. XI. 1901 (in Mecklz. f. Rechtspflege Bd. 20 S. 251 und deutsche Juristen-Zeitung Bd. XII S. 488 sowie OLG. Bd. IV S. 28) wonach dem Dienstherrn das Recht zugesprochen ist, den Dienstlohn des Dienstverpflichteten wegen einer ihm aus einem Korndiebstahl des letzteren erwachsenen Gegenforderung zurückzubehalten, ebenso OLG. Köln vom 31. Okt. 1902 (D. R. VI S. 612 und OLGE. Bd. V S. 456); OLG. Kiel (OLGE. Bd. VI S. 225); Kammergericht (OLGE. Bd. VI S. 423 u. fg.); — Nach G. Geib (S) S. 18 ist hier zu Unrecht der Gesichts-

worden.[111] Entgegen Schmelzle[112] sind m. E. gerade die Worte des § 273: „sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein Anderes ergibt" von entscheidender Bedeutung. Da nämlich bei Geldforderungen — und solche kommen bei der Aufrechnung eigentlich allein in Betracht — die Wirkung des Zurückbehaltungsrechtes ganz dieselbe ist, wie die der Aufrechnung,[113] nämlich die zwangsweise Befriedigung, — oder sogar, wie in der Rechtsprechung der Gewerbegerichte gesagt ist, die Anwendung des Zurückbehaltungsrechts nichts anderes als Aufrechnung ist[114] — der Gesetzgeber aber die Auf-

---

punkt des Infraudem legis agere unberücksichtigt geblieben. Ebenso Sinzheimer, (Recht Bd. VII S. 426 u. fg.). — Schleswig-Holst. Anz. Bd. 67 S. 105; Gew.-Gericht 8 S. 129 u. fg.; vergl. auch Baum, Handbuch S. 364 u. fg. — OLG. Hamburg (OLGE. Bd. III S. 252 fg.) will d. Zurückbeh.-Recht nur dann ausgeschlossen s. lassen, wenn es zugleich dolus wäre, zu fordern, was man sofort wieder zurückgeben muß; Geib (S) S. 14 u. fg.; doch nimmt Geib für den gewerbl. Arbeitsvertrag die Unzulässigkeit des Zurückbeh.-Rechts nicht so allgemein an wie Sinzheimer.

110) Fuld, a. a. O. S. 104; Wallroth (Diss.) S. 27 u. fg.; Sinzheimer a. a. O. S. 7; Lippmann in Jehrings J. 43 S. 538 u. fg.; Lotmar, a. a. O. S. 423 u. fg.; Sigel, Gewerbl. Arbeitsvertrag S. 110; Fröhlich, J. W. 1903 S. 118; Sinzheimer, R. Bd. VII S. 426 u. fg.; Schalhorn, a. a. O. S. 30; v. Schulz-Schallhorn, a. a. O. S. 150 u. fg.; Luppe, Gew.-Ger. 8 S. 113 u. fg. — Aus der Praxis: insbes. Rechtsprechung der Gewerbegerichte; vgl. Neumann (J.) 1. Jahrg. zu § 273 S. 181 u. 2. Jahrg. S. 175 u. fg. —

111) Eine mitlere Ansicht vertritt Barkow, R. G. Bl. 14 S. 73 u. fg. (s. darüber Neumann (J.) 2. Jahrg. S. 176).

112) a. a. O. S. 306.

113) Vergl. Wallroth (Diss.) S. 27 unter I u. fg.

114) Vergl. Fröhlich, a. a. O. S. 118 fg.; ferner Hellmann, a. a. O. S. 120, nach dem von einem Zurückbehaltungsrecht im Gegensatz zur Aufrechnung nur bei Ungleichartigkeit der Ansprüche die Rede sein kann. (Entgegen Dernburg, bürgl. R. S. 126 u. fg.) — Vergl. dagegen Sinzheimer, a. a. O. S. 87; Lotmar S. 429 sowie Geib (S) S. 14, die die oben vertretene Ansicht, daß die Zurück-

rechnung in den meisten zur Frage stehenden Fällen gerade um deswillen ausgeschlossen hat, um den Zwang, die Befriedigung des Gläubigers wider den Willen des Schuldners zu beseitigen, so ergeben die Schuldverhältnisse der gedachten Art eben „ein Anderes" d. h. also die Unzulässigkeit des Zurückbehaltungsrechtes.[115] Wo allerdings die vorbezeichnete gesetzgeberische Absicht nicht den Grund des Ausschlusses der Aufrechnung bildet, ist das Zurückbehaltungsrecht natürlich zur Geltung zu bringen.[116]

Bei den Lohnforderungen aus den Arbeits- und Dienstverträgen wird aber jene sozialpolitische Absicht immer vorliegen und daher da stets das Zurückbehaltungsrecht in demselben Umfange ausgeschlossen sein, wie die Aufrechnung.[117]

Nicht einzusehen ist, weshalb Geib[118] im Anschluß an Lotmar wegen anderer ungleichartiger connexer

behaltung des schuldigen Lohnes zur Aufrechnung führen müsse, nur im Sinn faktischer Notwendigkeit für wahr erklären. Über den Unterschied zwischen Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht s. noch Goldschmidt, A. bürgl. R. 15 S. 169.

115) Vergl. Löwenbach a. a. O. S. 586 u. fg., bezüglich der Arbeitslöhne nach § 115 Gew.-O.: „ein solches „Anderes" liegt vor, da § 115 Gew.-O. bestimmt, daß die Löhne in bar auszuzahlen sind".

116) Das trifft z. B. in dem von Pappenheim a. a. O. S. 86 Abs. 3 erwähnten Fall des Artikels 23 Abs. 4 des Bremer internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr zu (RGBl. 1892 S. 813 fg.) wonach aus dem internationalen Transporte herrührende Forderungen der Eisenbahnen untereinander, wenn die schuldnerische Eisenbahn einem anderen Staate angehört als die forderungsberechtigte regelmäßig nicht gepfändet werden können.

117) Für den unumschränkten Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts bei Lohnforderungen insbesondere Wallroth (Diss.) S. 27 fg. Ebenso Sinzheimer, a. a. O. S. 78.

118) (E.) S. 15.

Gegenforderungen, als Arbeitsleistungen, das Zurückbehaltungsrecht für zulässig erkären will. Der Grund für dessen Ausschluß liegt doch in der vom Gesetzgeber aus sozialen Gründen beabsichtigten Sicherstellung der gewerblichen Lohnforderung; welchem Grunde also die andere Forderung entspringt, ist dabei gleichgültig, entstamme sie auch einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung. Das ist Geib[119] freilich zuzugeben, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht überall da ausgeschlossen ist, wo das Gesetz dem einen Anspruch lediglich irgend einen Vorzug gibt, so daß also, wie Geib mit Recht anführt, z. B. die Gegenforderung klagbar sein müßte, um das Zurückbehaltungsrecht zuzulassen.

Die angeführten Worte des § 273 genügten demgemäß also, um zu diesem Resultat zu gelangen, und bedurfte es daher dazu nicht mehr, wie Schmelzle[120] meint, noch eines besonderen Ausspruchs des Gesetzgebers.

Hinzu kommt noch, daß in der Tat in den bei weitem meisten Fällen das Aufrechnungsverbot des § 394 durch Anwendung des Zurückbehaltungsrechtes illusorisch wäre, indem der vom Gesetzgeber damit bezweckte Erfolg praktisch fast nie zur Geltung käme. Das kann aber sicher nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein und muß die Ansicht Schmelzle's[121] als irrig bezeichnet werden, der Gesetzgeber habe gerade durch das Zurückbehaltungsrecht dem Arbeitgeber ein Mittel geben wollen, um Härten abzuwenden.

Wenn Schollmeyer (a. a. O. S. 347) meint, der

119) (S.) S. 16.
120) a. a. O. S. 306.
121) a. a. O. S. 307.

Arbeitnehmer könne ja das Zurückbehaltungsrecht durch Sicherheitsleistung abwehren, so ist das allerdings richtig. Der Trost wäre aber für ihn nur recht schwach, da er in der Regel nichts haben würde, um es als Sicherheit anbieten und so die Ausübung des in seinem Erfolge der Aufrechnung gleichkommenden Zurückbehaltungsrechtes verhindern zu können. Es kann zwar keineswegs verkannt werden, daß es für den Arbeitgeber meistens eine große Härte ist, außer der Aufrechnungsbefugnis auch der Möglichkeit der Anwendung des Zurückbehaltungsrechtes zu entbehren, weshalb die von der Praxis gehandhabte Zulassung desselben oftmals nur gut geheißen werden könnte. Trotz alledem ist sie aber nach dem Wortlaut des Gesetzes sowie aus seinem Zusammenhange m. E. nicht zu rechtfertigen.

## § 12.

### d) Sind die in landesgesetzlichen Gesinde-Ordnungen getroffenen Abweichungen von § 394 rechtsgültig?

Bei der Erörterung des § 394 des bürgerl. Gesetzbuches ist noch die Behandlung der Frage erforderlich, ob die von der Bestimmung dieses Paragraphen abweichenden Vorschriften der landesgesetzlichen Gesinde-Ordnungen Rechtsgültigkeit haben.

Für die Beantwortung dieser Frage ist der Art. 95 des Einführungsgesetzes zum bürgerl. Gesetzbuch maßgebend. Danach bleiben gemäß Abs. 1 die landesgesetzlichen Vorschriften, die dem Gesinderecht angehören, unberührt. Jedoch sind in Abs. 2 desselben Paragraphen

einige Bestimmungen des bürgerl. Gesetzbuchs ausdrücklich hervorgehoben, die auf das Gesinderecht Anwendung finden sollen. Unter den dort genannten Paragraphen befindet sich nun § 394 nicht. Demnach fragt es sich, ob in Abs. 2 des Art. 95 die darin für die Landes-Gesinderechte obligatorisch für anwendbar erklärten Paragraphen des bürgerl. Gesetzbuchs erschöpfend aufgezählt sind, oder ob nur einige davon haben hervorgehoben werden sollen; sodaß man davon auszugehen hat, daß insbesondere zwingende Vorschriften, wie der in Rede stehende § 394 ebenfalls für das Gesinderecht gelten müssen.[122] M. E. muß man das Erstere annehmen, und die Bestimmungen über die Aufrechnung als der Gesinderechtsgesetzgebung unterstehend ansehen[123] und nicht, wie es Neumann[124] tut, sie gleich dem Eherecht als Vorschriften betrachten, die weit über den Rahmen des Gesinderechts hinaus allgemeine Geltung beanspruchen müssen.

Der hier vertretenen Ansicht folgend, sind denn auch die Landesgesetzgebungen größtenteils bei Regelung des Gesinderechts über diese Frage ohne Weiteres hinweggegangen und haben ihre Zuständigkeit zur Änderung des nicht zitierten § 394 vorausgesetzt. Sogar direkt dafür ausgesprochen hat sich Preußen in der Begründung des preußischen Ausführungsgesetzes zum bürgerl. Gesetzbuch. Wo eine Abänderung des § 394 durch die Landesgesetze nicht vorgenommen ist, greift natürlich § 394 Platz.

122) So Neumann (W.) a. a. O. Bd. 47 S. 193 u. fg., sowie Bd. 49 S. 165 u. fg.

123) Ebenso Fuld, a. a. O. S. 80; Francke, a. a. O. Bd. 48 S. 1 u. fg., sowie Bd. 50 S. 246; Vollmar a. a. O. S. 13 u. fg.

124) (W.) a. a. O. S. 165.

## § 13.

### e) Verhältnis von § 115, Abs. 2, S. 2 der Gewerbe-Ordnung zu § 494 des bürgerlichen Gesetzbuches.

Während es sich im Vorstehenden darum handelte, ob die Landesgesetzgebungen in ihre Gesindeordnungen Vorschriften aufnehmen können, die von der des § 394 des bürgerl. Gesetzbuches abweichen, steht bezüglich des § 115, Abs. 2 der Gew.-O. zur Frage, ob die darin enthaltene Bestimmung noch nach Einführung des bürgerl. Gesetzbuchs rechtsgültig fortbesteht.

Gegenstandslos ist nach Schaffung des § 394 die Streitfrage geworden, in welchem Sinn das in dem das sogenannte Truckſystem betreffenden § 115 der Gewerbe-Ordnung ausgesprochene Barzahlungsgebot aufzufassen ist, ob nämlich danach die Gewerbetreibenden ihren Arbeitern den Lohn unter Außerachtlassung von Gegenforderungen in seiner vollen Höhe oder nur insoweit bar ausbezahlen müssen, als Gegenforderungen nicht bestehen. Bei der ersten Auffassung würde in § 115 auch ein Aufrechnungsverbot statuiert sein, während es sich nach der letzteren lediglich um ein Verbot einer Leistung an Zahlungsstatt handeln würde.[125]

Nach Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs, das in § 394 das Aufrechnungsverbot im oben besprochenen Sinne ganz allgemein aufstellt, ist nunmehr die Frage

125) Der letzteren Ansicht ist wohl von den meisten Theoretikern (Sinzheimer; Geib (S.) a. a. O. S. 3 fg.; Wallroth (Diss.) S. 19 fg. — Anderer Ansicht Lotmar, Arbeitsvertrag S. 414), insbesondere aber von der Praxis der Vorzug gegeben und auf sie weist auch die Geschichte der betreffenden Gesetzesbestimmung (s. Geib (S.) a. a. O. S. 6).

aufgeworfen worden, ob durch § 394 die Vorschrift des § 115, Abs. 2, S. 2 der Gewerbe-Ordnung rechtsungültig geworden ist.

Man hat sich m. E. für die Gültigkeit der angeführten Bestimmung zu entscheiden, wie es auch die meisten Schriftsteller, wenn auch unter verschiedener Begründung getan haben und zwar muß man davon ausgehen, daß die zur Frage stehende Vorschrift eine lex specialis darstellt, die dem allgemein anerkannten Rechtssatz „lex posterior generalis non derogat legi priori speciali" entsprechend auch trotz des § 394 gemäß Art. 32 und 36 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch ihre Rechtsgültigkeit bewahrt hat.[126]

Erwähnenswert ist die von Metzges[127] vertretene Ansicht. Derselbe argumentiert folgendermaßen: In Fällen, wie dem des § 115, Abs. 2, S. 2 ständen sich garnicht zwei selbständige Forderungen gegenüber; die Vorschüsse seien vielmehr vorausbezahlter Lohn und somit handele es sich daselbst garnicht um Aufrechnung, § 394 greife also überhaupt nicht Platz. Um ein Darlehen, wie es das Reichsgericht[128] angenommen hat, handelt es sich aus den von Metzges angegebenen Gründen allerdings nicht. Jedoch ist der Ansicht nicht beizutreten, daß nicht zwei selbständige Forderungen vorlägen. Der Arbeitgeber hat doch sicherlich eine ganz selbständige

126) So auch Fuld a. a. O. S. 102 u. fg.; Schmelzle a. a. O. S. 311 Abs. 2; Geib (S.) a. a. O. S. 9 Abs. 2 u. fg.; Sigel Gew. 6 Sp. 40. Derselbe, gewerbl. Arbeitsvertr. S. 45. — A. M. dagegen Stadthagen, Arbeiterrecht S. 138 u. fg.

127) a. a. O. S. 47. Unter Anlehnung hieran ebenso Baum a. a. O. S. 45.

128) RG.-Entsch. v. 13. Dezbr. 1883.

Kaufgeldforderung gegen den Arbeiter, nur daß die Schuldsumme bis zur Lohnauszahlung kreditiert ist und sich nicht höher als der Selbstkostenpreis stellen darf. Dieselbe würde er doch zweifellos vom Fälligkeitstage ab einzuklagen berechtigt sein, wenn das auch infolge der in Rede stehenden Vorschrift selten praktisch werden würde.

Ebenfalls nicht zutreffend ist aus den von Schmelzle[129] angeführten Gründen die von Neukamp[130] vertretene Meinung, daß § 115, Abs. 2, S. 2 zur Voraussetzung habe, daß nach dem bürgerlichen Recht die Aufrechnung gegen Lohnforderungen statthaft sei, und, da das nach dem bürgerl. Gesetzbuch nicht mehr zutreffe, diese Vorschrift der Gewerbeordnung ihre Rechtsgültigkeit verloren habe.

## § 14.

### f) Lohnbeschränkungsverträge.

Nun ist es noch notwendig, auf die Frage einzugehen, ob die Lohnbeschränkungsverträge, die wieder in Lohneinbehaltungs- und Lohnverwirkungs-Abreden zerfallen, von § 394 in ihrer Rechtsgültigkeit berührt werden.

1. Was zunächst die Lohneinbehaltungsverträge[131] anbetrifft, so kommt man, je nachdem man dem § 394 zwingenden oder nichtzwingenden Charakter beilegt, zu einem verschiedenen Resultat.

a) Geht man davon aus, wie es in der vor-

129) a. a. O. S. 310 u. fg.

130) a. a. O. Bd. 5 S. 252 u. fg.

131) Über die juristische Konstruktion derselben vgl. Geib (S.) a. a. O. S. 29 u. fg.

liegenden Arbeit geschehen ist, daß § 394 eine zwingende Vorschrift ist, so muß man die Lohneinbehaltungen, soweit sie sich als verschleierte Aufrechnungsverträge darstellen, als rechtlich unzulässig ansehen,[132] was wohl für die Mehrzahl der Fälle zutreffen wird. Für so sich charakterisierende Lohneinbehaltungen würde demnach auch der § 119a Abs. 1 der Gewerbeordnung, der nur zur Sicherung gegen Vertragsbruch geschaffen ist, nicht mehr existieren.[133]

In den Fällen dagegen, wo keine Umgehung des in § 394 statuierten Aufrechnungsverbotes bezweckt ist, wo womöglich der Zweck der ist, das Interesse des Arbeiters wahrzunehmen, wie z. B. dann, wenn die Lohneinbehaltung zwecks sichererer Aufbewahrung des Geldes für den Arbeiter ausbedungen wird, ist die Lohneinbehaltungsabrede natürlich rechtsgültig und könnte hier der § 119a der Gewerbeordnung noch praktisch werden; bei der verhältnismäßigen Seltenheit solcher Fälle ist die Bedeutung des genannten Paragraphen natürlich auf ein Minimum herabgedrückt.

Bei Annahme der hier vertretenen Ansicht wird auch entgegen Geib[134] dann eine Lohneinbehaltungsabrede als unzulässig gelten müssen, wenn zwar die Ver-

132) Auch die Bestellung als Kaution ändert nicht den Charakter des einbehaltenen Teillohnes als Arbeitslohnes; eine Aufrechnung dagegen ist demnach nicht gestattet. (LG. Frankfurt a. O. RGBl. 1902 S. 2).

133) Schmelzle a. a. O. S. 312 Abs. 3, der dem § 394 dispositiven Charakter zuspricht, gibt zu, daß man bei Annahme des zwingenden Charakters allerdings den § 119a Abs. 1 der Gewerbe-Ordnung als aufgehoben betrachten müsse.

134) a. a. O. S. 25 u. 26.

tagung der Zahlung bezweckt,[135] aber zugleich damit die Absicht verbunden ist, daß diese Vertagung den Arbeiter zur Befriedigung des Arbeitgebers bewegen soll.

Denn was wird, natürlich nur, wenn es sich auf beiden Seiten um Geldforderungen handelt, dadurch anderes erreicht als eine Aufrechnung? Der Arbeiter wird doch nicht erst eine Geldsumme hingeben, um dann eine Geldsumme in Höhe seiner einbehaltenen Lohnforderung dagegen in Empfang zu nehmen. Er wird vielmehr gezwungen, nun die Ausbezahlung seiner Lohnforderung nur noch in der Höhe zu verlangen, wie sie sich nach Abzug der Gegenforderung darstellt. Die Wirkung ist also keine andere als die der Zwangsaufrechnung.

Als lex specialis, wie Fuld[136] es will, kann man § 119a Abs. 1 der Gewerbeordnung nicht ansehen und so die Rechtsgültigkeit desselben annehmen. Denn § 119 geht von der Voraussetzung aus, daß nach dem geltenden Recht Aufrechnungsverträge zulässig sind, was bei Charakterisierung des § 394 als einer zwingenden Vorschrift nicht mehr der Fall ist, und bezweckt eine Einschränkung derselben für den gewerblichen Arbeitsvertrag. Es wollte also § 119 keine Ausnahme von dem zur Zeit seiner Schaffung geltenden Recht bilden, sondern nur eine Einschränkung statuieren. Seit Schaffung des § 394 kann § 119 daher nur noch für die Fälle von Lohneinbehaltungen in Betracht kommen, die weder eine Aufrechnung noch ein Rechtsgeschäft bezwecken, das in seiner Wirkung der Aufrechnung gleichkommt.

135) Zwingend für nichtig erklärt ist nach HGB. § 64 eine Vereinbarung, nach der das dem Handlungsgehülfen am Schluß eines jeden Monats zu zahlende Gehalt später gezahlt werden soll.

136) a. a. O. S. 102 u. fg.

Die von Metzges[137] vertretene Ansicht, die Lohneinbehaltungsabreden seien im Fall der Beschädigung von Material und Werkzeug dahin auszulegen, daß der Arbeiter nur Anspruch auf geringeren Lohn haben bezw. ohne jeden Lohnanspruch sein solle, und somit ein Aufrechnungsvertrag garnicht vorliege, ist mit Wallroth[138] um deswillen abzulehnen, weil es sich dann lediglich um einen verschleierten Aufrechnungsvertrag handelt.

b) Ausgehend dagegen davon, der § 394 enthalte nur dispositives Recht, muß man freilich dazu gelangen, den § 119a, Abs. 1 der Gewerbeordnung, sowie alle Lohneinbehaltungsabreden in der durch den letzteren auferlegten Beschränkung für gültig zu erklären.

2. Da die Lohnverwirkung nicht voraussetzt, daß auch der Arbeitsherr eine Gegenforderung gegen den Arbeiter hat, so handelt es sich bei der zweiten Art von Lohnbeschränkungsverträgen, nämlich den Lohnverwirkungsabreden[139] überhaupt nicht um einen Vertrag, dem § 394 entgegensteht, da ein Aufrechnungsvertrag zwei sich gegenüberstehende Forderungen zur Voraussetzung hat, hier also ein solcher oder ein ihm ähnliches Rechtsgeschäft vorliegt.[140] Lohnverwirkungen sind aber,

137) a. a. O. S. 47.

138) Diss. S. 48.

139) Über die juristische Konstruktion derselben vergl. Geib (S.) a. a. O. S. 26.

140) Nach Sigel (gewerbl. Arbeitsvertrag S. 45) ist die Lohnverwirkung bedingter Aufrechnungsvertrag und als solcher insoweit rechtsungültig, als der Aufrechnungsvertrag überhaupt ungültig ist. A. M. Landmann-Rohmer, zu § 115 Anm. 2.

wie auch Sinzheimer[141] sagt, durch § 2 Abs. 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes in der bereits oben angegebenen Richtung verbotene Verfügungen.

## § 15.
## 3. Aus administrativen Gründen.
## (§ 395)

In fast wörtlicher Übereinstimmung mit einer Konstitution des Kaisers Antonius über die stationes fisci[142] besagt § 395, daß gegen eine Forderung des Reichs oder eines Bundesstaats, sowie gegen eine Forderung einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes die Aufrechnung nur zulässig ist, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist.[143].

Die römisch- sowie gemeinrechtliche Bestimmung, daß die Aufrechnung gegenüber einer Forderung des Staates nur mit Forderungen zulässig ist, welche derselben Kasse gegenüber bestehen, hat also das bürgerl. Gesetzbuch auf Forderungen einer Gemeinde oder anderer Kommunalverbände ausgedehnt. Die Aufrechnung ist hier also für unzulässig erklärt, obwohl das Erfordernis

---

141) a. a. O. S. 108 u. fg. — A. Anf. Lotmar, a. a. O. S. 464.

142) l, 1 C. 4, 31.

143) Ausnahme hiervon macht HGB. § 469 Abs. 3, wonach mittelst Aufrechnung Ansprüche aus dem Frachtvertrage auch gegen eine andere als die in Abs. 1 bezeichneten Bahnen geltend gemacht werden können, wenn die Klage sich auf denselben Frachtvertrag gründet.

der Gegenseitigkeit vorliegt.[144] Es ist dies eben lediglich aus Gründen administrativer Zweckmäßigkeit[145] bestimmt, um nämlich ein geordnetes Rechnungswesen herbeizuführen.

Auswärtige Staaten sind im § 395 nicht erwähnt und ist deshalb ihnen gegenüber in dem hier in Frage stehenden Fall die Aufrechnung zulässig.[146]

Auch aus § 395 folgt per argumentum a contrario, daß das Reich, die Bundesstaaten usw. ihrerseits berechtigt sind, mit Forderungen einer Kasse gegen eine Forderung an eine andere Kasse aufzurechnen.[147]

Bedeutungslos ist m. E., ob man mit Planck,[148] was von Endemann[149] als unrichtig bezeichnet wird, annimt, daß die verschiedenen Kassen in Betreff der Aufrechnung so behandelt werden, wie wenn sie selbstständige juristische Personen wären.

## II. Besondere Beschränkungen.[150]

### § 16.

### Fälle eines abhängigen Zweckvermögens.

Die nachfolgenden, von Siber[151] als die eines ab-

144) S. Weigelin a. a. O. S. 112 unter c, vgl. dazu RG., Seuff. Bl. 1900 S. 267: Ein Beamter, der sich in amtlicher Eigenschaft empfangene Gelder aneignet, kann sich auf eine Kompensation mit Gehaltsansprüchen nicht berufen und ist nach § 350 StGB. zu bestrafen.

145) Motive II S. 114 zu § 289.

146) Vgl. Scherer zu § 395 Nr. 2.

147) S. Weigelin a. a. O. S. 113 unter c Abs. 2.

148) Zu § 395 S. 178.

149) § 145 S. 831 Anm. 19.

150) Hierunter würden auch fallen die über den Rahmen

hängigen Zweckvermögens bezeichneten Fälle gehören nicht in demselben Sinn, wie die vorstehend behandelten, zu den „Beschränkungen der Zulässigkeit der Aufrechnung." Wie in der Einleitung bereits erwähnt, ist hier der allerdings noch ausdrücklich bestimmte Ausschluß der Aufrechnung schon eine Folge voraufgehend und unabhängig von den Bestimmungen über die letztere ausgesprochener Grundsätze. Allen diesen Fällen gemeinsam ist nämlich, daß ein zwar der Verfügung sämtlicher Berechtigten unterliegendes, durch das Gesetz aber der Verfügung des Einzelnen besonders entzogenes Vermögen besteht; und diese Verfügungsentziehung hat konsequenter Weise auch den Ausschluß der Aufrechnung zur Folge. Da sich jedoch trotzdem die Unzulässigkeit der Aufrechnung in diesen Fällen nicht ganz von selbst versteht, so hat das Gesetz sie noch besonders zum Ausdruck gebracht. Die hierher gehörigen Fälle sind nun folgende:

1. Der Fall der Gesellschaft. Es kann nämlich nach § 719 Abs. 2[152] der Schuldner eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung nicht gegen

---

der Arbeit hinausgehenden Aufrechnungsverbote gegen die Ansprüche der Aktiengesellschaft (§ 221 HGB.), der Aktienkommanditgesellschaft (§ 320 HGB.), der eingetragenen Genossenschaft (§ 22 Ges. vom 1. Mai 1889) und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 19 Ges. v. 20. April 1892) gegen ihre Mitglieder auf Einzahlung der Einlagen.

151) a. a. O. S. 107.

152) Infolge des den Artikel 12 des alten HGB. verallgemeinernden § 719 ist ersterer nicht ins neue HGB. mit übernommen. § 719 findet auf die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft (gemäß §§ 105 Abs. 2 bezw. 161 Abs. 2 HGB.), sowie auf die Reederei (vgl. Cosack LL. des Handelsrechts § 113 VIII, 1 b Abs. 3 S. 596) Anwendung.

eine zum Gesellschaftsvermögen gehörende Forderung aufrechnen.[153]

Aus dieser Bestimmung folgt per argumentum a contrario, daß dem Schuldner die Aufrechnungsbefugnis mit einer Forderung, die er gegen alle Gesellschafter hat, zusteht, wie auch letztere, da sie ja über das Gesellschaftsvermögen insgesamt verfügen können, in diesem Fall das Aufrechnungsrecht mit einer Gesellschaftsforderung haben. Natürlich können sie, weil hier die Gegenseitigkeit fehlen würde, nicht mit Forderungen aufrechnen, die einem einzelnen Gesellschafter zustehen. Daß andrerseits der einzelne Gesellschafter, da er nach Abs. 1 desselben Paragraphen über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht verfügen kann, nicht mit seiner Anteilsforderung aufrechnen darf, ist selbstverständlich, weil in der Aufrechnung eine Verfügung läge. Übrigens würde in diesem Fall die Aufrechnung auch schon deshalb ausgeschlossen sein, weil man nicht mit einer objektiv ungewissen Forderung aufrechnen kann; der Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen ist aber objektiv ungewiß, da dieser nicht nach festen Raten bestimmt ist, sondern sich vielmehr infolge des Gesamthandprinzips fortlaufend vermehrt oder vermindert.[154] Der einzelne Gesellschafter kann demgemäß, wenn er wegen einer

153) Um jedoch den Schuldner vor Nachteilen zu sichern und um der Verkehrssicherheit willen ist dem Gesellschaftsschuldner nach § 720 (§ 406) im obigen Fall die Aufrechnung gestattet, wenn nicht zu erweisen ist, daß er beim Erwerbe seiner Forderung die Zugehörigkeit seiner Schuld zum Gesellschaftsvermögen kannte, oder daß seine Forderung erst nach der Erlangung dieser Kenntnis und später als die Gegenforderung fällig geworden ist.

154) Vgl. Kohler a. a. O. S. 8 § 3.

Privatschuld in Anspruch genommen wird, nicht mit einer Forderung der Gesellschaft gegen den Gläubiger aufrechnen.[155]

Ebensowenig vermag er dies, wenn von ihm die Berichtigung einer Gesellschaftsschuld verlangt wird. Gegen diese kann er jedoch eine ihm gegen den Gesellschaftsgläubiger zustehende Privatforderung aufrechnen und zwar, wenn er Gesamtschuldner ist, gegen die ganze Forderung; wenn er nur zu einem Teile verpflichtet ist, nur gegen die Forderung in der anteiligen Höhe.[156]

Daß der Gesellschafter nicht Forderungen, die einem anderen Gesellschafter zustehen, zur Aufrechnung benutzen kann, folgt schon allgemein daraus, daß er nicht mit Forderungen eines Dritten aufrechnen kann.[157]

2 Der Fall der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft (§ 1442 Abs. 2), dem sich durch Verweisung auf diesen Paragraphen die Fälle der fortgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1487 Abs. 1), der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519 Abs. 2) und der Fahrnisgemeinschaft (§ 1549) anschließen.

Nach § 1442 Abs. 2 kann der Schuldner gegen eine Forderung, die zu dem Gesamtgut gehört, nur eine Forderung aufrechnen, deren Berichtigung aus dem Gesamtgut verlangt werden kann. Dieser Paragraph hat zwar eine andere Fassung als der unter 1 behandelte § 719 Abs. 2, beruht aber doch auf demselben Gedanken.

155) So schon RG. Bd. X S. 49—50, das in diesem Fall die Gesellschaftsforderung der Forderung einer dritten Person gleichstellt, die Aufrechnung also wegen Mangels der Gegenseitigkeit für unzulässig hält.

156) Vgl. Planck zu § 719 Abs. 2 Anm. 3 S. 469.

157) Vgl. S. 25 u. fg. der Arbeit.

Mit dieser Bestimmung ist die gemeinrechtliche Streitfrage über den Charakter der allgemeinen Gütergemeinschaft beseitigt und der bereits vorherrschend gewesenen Ansicht Ausdruck gegeben, daß dieselbe als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand anzusehen ist.

Nach dem Abs. 2 ist also nur denen die Aufrechnung gegen eine Gesamtgutsforderung gestattet, die aus dem Gesamtgut zu berichtigende Forderungen haben. Wer sich aber aus dem Gesamtgut befriedigen darf, ist vom Gesetz in den §§ 1459 u. fg. fest bestimmt.

3. Der Fall des ungeteilten Nachlasses. Nach § 2040 Abs. 2 kann der Schuldner eine ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung nicht gegen eine zum Nachlaß gehörende Forderung aufrechnen.

Auch hier ist diese Bestimmung eine Folge eines voraufgehend und zwar des im Abs. 1 desselben Paragraphen ausgesprochenen Grundsatzes, daß die Erben über einen Nachlaßgegenstand nur gemeinschaftlich verfügen können.

Der Absatz 2 des § 2040 entspricht übrigens in der äußeren Fassung sowie sachlich der Vorschrift des oben unter Z. 1 besprochenen § 719 Abs. 2, und findet daher das daselbst Gesagte auch hier entsprechende Anwendung.

# Schluß.

Zum Schluß mag noch der zahlreichen Bestimmungen des BGB. gedacht werden, nach denen in Fällen, in denen durch Vorschriften des BGB. oder anderer Gesetze die Aufrechnung eigentlich ausgeschlossen wäre, dieselbe den Regeln zuwider zugelassen ist und diese Zulassung wieder eine Beschränkung erfahren hat. Bei diesen Fällen handelt es sich tatsächlich um eine Erweiterung der Zulässigkeit der Aufrechnung. Dieselben fallen somit, wie schon in der Einleitung erwähnt ist, nicht unter die von den vorliegenden Ausführungen umfaßten Fälle.

Von diesen Fällen soll hier noch kurz besprochen werden der unter den allgemeinen Bestimmungen über die Aufrechnung stehende Fall des § 392,[158] wonach durch die Beschlagnahme einer Forderung die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen wird, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist. An sich würde infolge der Beschlagnahme, die gemäß § 829 CPO. das Verbot an den Schuldner enthält, an seinen Gläubiger zu zahlen,

158) Weitere hierher gehörige Fälle: §§ 479, (639) (als Einschränkungen gegenüber § 390 Abs. 2), 406 (412, 1109, 1158, 1192, 1200, 1473).

der erstere zur Aufrechnung garnicht mehr befugt sein, denn er würde damit die beschlagnahmte Forderung zum Erlöschen bringen, was einer Zahlung an den Gläubiger gleich käme, die ihm ja gerade vom Gericht untersagt ist (CPO. § 829, Abs. 1, S. 1). Doch ist die Aufrechnung hier in derselben Weise, wie bei der Übertragung von Forderungen (§ 406) beschränkt zugelassen.[159] Der Schuldner soll in den Fällen aufrechnen können, in denen seine Gegenforderung der beschlagnahmten Forderung einmal aufrechnungsfähig gegenüber gestanden hat, er also auf Befreiung von der Forderung durch Aufrechnung rechnen konnte. Hat der Schuldner entgegen § 392 die Aufrechnung dem Gläubiger gegenüber erklärt, so ist die Erklärung nur dem Beschlagnahmegläubiger gegenüber unwirksam; bei etwaiger Aufhebung der Beschlagnahme würde die abgegebene Erklärung dem Gläubiger gegenüber in der in § 389 bestimmten Weise wirken. Daß man mit einer aufschiebend bedingten Forderung nur aufrechnen kann, wenn die Bedingung vor der Beschlagnahme eingetreten ist, lehrt Planck[160] nach dem schon oben Gesagten m. E. mit Recht, trotz der Ausführungen Weißmanns,[161] der bei Verneinung der Aufrechnung in diesem Fall einen unlösbaren Widerspruch mit den §§ 54, 66 KO. annimmt, wonach eine zur Zeit der Konkurseröffnung bedingte Forderung im Konkurse geltend gemacht und zu ihrem vollen Betrage aufgerechnet werden kann.

159) Schuldner befindet sich hier, wie Schollmeyer zu § 392 unter 1 mit Recht sagt, in ähnlicher Lage, wie der debitor cessus.

160) a. a. O. II zu § 392 Abs. 1. Ebenso Schollmeyer zu § 292 unter 1 a.

161) a. a. O. S. 39.